

Les Cahiers de droit



Le projet de loi n° 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective

Édith Deleury

Volume 25, numéro 3, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042617ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042617ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Deleury, É. (1984). Le projet de loi n° 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective. *Les Cahiers de droit*, 25(3), 699–718.
<https://doi.org/10.7202/042617ar>

Résumé de l'article

Bill 106 the purpose of which was to add the reformed Law of Persons to the Civil Code of Québec has been strongly criticized. Originally tabled in Parliament on November 17, 1982, a new draft has been prepared. The author thinks it fitting to give an overview of the main amendments proposed in this first draft and emphasizes the first title : « Les droits de la personnalité ».

Le projet de loi n° 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective **

Édith DELEURY *

Bill 106 the purpose of which was to add the reformed Law of Persons to the Civil Code of Québec has been strongly criticized. Originally tabled in Parliament on November 17, 1982, a new draft has been prepared. The author thinks it fitting to give an overview of the main amendments proposed in this first draft and emphasizes the first title: « Les droits de la personnalité ».

Introduction

Déposé le 17 décembre 1982¹, le projet de loi n° 106 s'inscrit dans le processus de réforme amorcé à l'automne 1980 par l'adoption de la Loi n° 89, *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*². Il participe par ailleurs de la même philosophie, soit la reconnaissance de l'égalité et de l'autonomie des personnes³.

Composé de neuf titres [droits de la personnalité, nom, domicile, majorité et minorité, tutelle au mineur, régimes de protection du majeur, absence et décès, état civil et personnes morales] le projet de loi vient en effet ajouter un livre I au *Code civil du Québec*. Et s'il consacre l'émergence, au

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval. Conseiller en loi du Barreau du Québec.

** L'auteure reprend ici, dans leurs grandes lignes, les textes qu'elle a présentés à l'Institut de droit civil et comparé du Québec et à l'occasion du centenaire de la Faculté de droit d'Ottawa.

1. *Journal des débats*, 17 décembre 1982, vol. 26, n° 104, p. 7381. Le projet fut ensuite déposé à la Commission parlementaire permanente de la justice.

2. L.Q. 1980, c. 39.

3. M^e Marc-André Bédard, ministre de la Justice et parrain du projet de loi, lors de la présentation devant la Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 12 avril 1982, n° 7, p. B-376.

cours des vingt dernières années, de la personne dans l'organisation des relations de droit privé ; il confirme aussi, nous le verrons, la primauté du droit civil.

Suite à sa présentation et aux auditions qui ont eu lieu devant la Commission permanente de la justice au mois d'avril 1984⁴, ce projet fait actuellement l'objet d'une réécriture. Nous en dégagerons donc les grandes lignes (lignes de force mais aussi faiblesses) dans une perspective qui peut donc être déjà dépassée. Les débats auxquels il a donné lieu et l'émotivité qui a empreint sa discussion autorisent en effet à penser que, dans certaines de ses parties, il a été « révisé ».

Précisons immédiatement que nous n'aborderons pas le volet de la personnalité morale, qui intéresse davantage peut-être le commercialiste, et qu'il n'est pas de notre intention de faire une étude exhaustive. Après avoir présenté une vision d'ensemble du projet — c'est l'aspect perspective —, nous nous arrêterons dans un second temps sur le titre I consacré aux droits de la personnalité : nous nous autoriserons alors d'une certaine prospective.

L'esquisse que nous avons préalablement brossée du cadre dans lequel se situe ce projet appelle cependant quelques remarques préliminaires.

Deuxième maillon de la chaîne, au plan chronologique, le projet se présente de fait comme la pierre d'assise — la pierre angulaire diront certains, du nouveau Code civil. N'ayant pas tous les morceaux du puzzle en main, il est cependant difficile d'en apprécier la portée ; de là un certain questionnement sur nos politiques et nos méthodes législatives. Une codification en effet doit dépasser l'actualisation ou la simple clarification du droit, car elle participe d'un esprit de système qui entend regrouper, dans un ordonnancement cohérent, l'ensemble des normes qui régissent, si elles ont pour objet le droit privé, les relations entre les particuliers. Aussi l'actuelle politique de révision du Code civil a-t-elle fait l'objet de nombreuses critiques : plutôt que de présenter un ensemble, le législateur a préféré adopter les composantes à la pièce, ce qui n'est pas sans susciter quelques inquiétudes au plan de la cohérence, sans compter le problème que soulèvent l'existence et le cumul de deux codes au plan de l'accessibilité du droit.

La loi, écrit Carbonnier, est comme le langage, « ... langage commun, moyen de communication, cadre de référence... », et sa fonction première est de procurer la sécurité juridique à l'homme, « ... de protéger chacun contre l'inconnu en délimitant un espace d'ordre et de stabilité... » : un objectif qui ne peut être atteint en l'absence d'unité du système juridique⁵.

4. *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12, 13, 14 et 28 avril 1983, n° 7, 8, 10 et 29.

5. J. CARBONNIER : « Toute loi en soi est-elle un mal? », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defresnois, Paris, 1979, p. 287-288.

À tout le moins est-il permis d'espérer que les trois projets déjà déposés, Biens⁶ — Successions⁷ — Personnes, feront l'objet d'une présentation d'ensemble lors de la prochaine session, accompagnée, selon certaines rumeurs — qu'on espère fondées — d'un 4^e projet de loi où figureront des modifications de concordance de même que des dispositions transitoires (peut-être même des notes explicatives) propres à tout bouleversement conceptuel. À tout le moins aurions-nous alors un ensemble cohérent, au risque d'avoir un code uniforme à uniformiser⁸.

1. Les lignes de force et les faiblesses du projet de loi

Si l'on peut prétendre à une certaine systématisation de cette branche du droit privé, l'œuvre demanderait par contre à être bonnifiée au plan de la clarification et de l'actualisation du droit.

1.1. Les points forts du projet

— Une déclaration de principe : la primauté du Code et du droit civil

Un des grands mérites du projet — et c'est là un point qui pourtant n'a guère été relevé — est d'avoir consacré, dans la disposition liminaire qui précède le titre premier, la primauté du droit civil de même que les principes généraux qui gouvernent son interprétation.

Composée de trois alinéas, cette disposition, qui participe de la forme synthétique adoptée par les rédacteurs du Code Napoléon, a été considérée par certains comme trop civiliste en ce sens qu'on aurait voulu qu'elle comporte des règles d'interprétation plus générales⁹. À cette critique est

6. Projet de loi n° 58, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des biens*, déposé en 1^{re} lecture le 21 décembre 1983, *Journal des débats*, vol. 27, n° 68, p. 5009.

7. Projet de loi n° 107, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, déposé en première lecture le 17 décembre 1982, *Journal des débats*, vol. 26, n° 104, p. 7382.

8. Encore que l'édifice qui sera ainsi présenté puisse apparaître boiteux : famille, propriété et contrat ne sont-ils pas, de tradition, les trois piliers de l'ordre juridique ? On aurait intérêt, ici encore, à tirer parti des leçons de l'histoire et de la sociologie du droit. Sur cette question, voir J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 1971, p. 123. Ce même auteur, parlant de la réforme du Code Napoléon écrit « (...) si les réformes devaient ainsi s'étirer sur une ou deux décennies futures, elles courraient le risque de se diluer en une espèce de beauté législative : ce serait plus des numéros dispersés dans des bilans de sessions parlementaires. Qu'à l'opposé, le mouvement tourne court, sa cohérence, son originalité peut-être apparaîtraient plus clairement » (*Essais sur les lois*, note 5, « Le printemps des lois » p. 16-17).

9. C'est le cas notamment du Barreau du Québec qui, dans son mémoire, demande à ce qu'on réintroduise les dispositions des articles 11 à 17 du *Code civil du Bas Canada* : *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-423. Sur les différentes conceptions de la partie introductive d'un Code civil, on lira avec intérêt : O. IONESCU, « Le problème de la partie introductive du Code civil », *Rev. Int. dr. comp.*, 1967, vol. 19, p. 579.

venue s'ajouter une controverse sur les qualificatifs « constante » et « reçue », accolés respectivement aux mots jurisprudence et doctrine dans la règle d'interprétation énoncée à l'alinéa 3¹⁰.

Quant à nous, ces épithètes ne nous semblent pas comporter d'ambiguïté, pas plus qu'il ne nous paraît hérétique d'avoir formellement reconnu, à « titre supplétif », la jurisprudence et la doctrine comme sources du droit. Ce puritanisme s'accorde mal, nous semble-t-il, avec l'originalité du droit québécois. Par contre, nous aimerions que dans la hiérarchie des sources on redonnât la place d'honneur aux principes généraux du droit.

— *Systématisation et clarification du droit*

À prime abord en effet, l'agencement des règles qui nous sont proposées se caractérise par une plus grande logique, au plan structurel comme au plan de l'homogénéisation du droit.

À ce chapitre, on notera tout d'abord que le projet intègre ou plutôt rapatrie un certain nombre de lois statutaires qui se sont développées en marge du Code, et qui intéressent au premier chef la personne. C'est ainsi qu'on retrouve certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la santé publique*¹¹, de la *Loi sur la protection du malade mental*¹², de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹³ de la *Loi sur la curatelle publique*¹⁴, de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'État civil*¹⁵ et de la *Loi sur la reconstitution des actes de l'État civil*¹⁶.

Il faut par ailleurs rendre grâce au législateur d'avoir, dans le premier titre, campé les paramètres de la personnalité juridique et distingué la jouissance de l'exercice des droits¹⁷, l'exercice des droits de la renonciation à les exercer¹⁸, et d'avoir aussi posé les limites qui s'imposent à toute personne dans la mise en œuvre de ses droits : respect de l'ordre public et des

10. Voir notamment les commentaires de M. Herbert Marx, de M^e Jacques Auger, pour la Chambre des notaires (*Journal des débats*, note 9, p. B-395, B-396) et de M^e Suzanne Vadeboncoeur, pour le Barreau du Québec (*id.*, p. B-420).

11. L.R.Q., c. P-35.

12. L.R.Q., c. P-41.

13. L.R.Q., c. P-20.

14. L.R.Q., c. C-80.

15. L.R.Q., c. R-18.

16. L.R.Q., c. R-2.

17. Ces règles font en effet l'objet de deux chapitres distincts, le premier comportant quatre articles (de la jouissance des droits civils), le second, 6 (articles 5 à 10, relatifs à l'exercice des droits civils).

18. A. 5 et 10.

dispositions impératives de la loi¹⁹, exigence de la bonne foi²⁰ et nécessité de justifier d'un intérêt sérieux et légitime dans l'exercice de ses droits lorsque, ce faisant, on risque de causer un préjudice à autrui. Ainsi se trouve codifiée la théorie de l'abus des droits²¹.

Le projet nous présente par ailleurs une vision globale des règles gouvernant la capacité, les exceptions ne se limitant plus au seul énoncé des mécanismes de protection des personnes incapables, mais incluant et les causes et les sanctions de ces incapacités²². Ajoutons par ailleurs que l'on a élagué de ce Livre I du Code les dispositions concernant les pouvoirs des tuteurs et curateurs pour les rapatrier dans le livre IV consacré au droit des biens, au titre de l'administration des biens d'autrui²³. Enfin, au plan des principes, distingue-t-on clairement l'incapacité de l'administration des biens d'autrui, le lien ne pouvant résulter entre les deux concepts que d'une demande de protection, lien qui n'apparaît pas clairement dans notre droit positif à l'endroit des personnes sous curatelle publique²⁴.

— Actualisation du droit

Le *Code civil du Bas-Canada*, il faut l'avouer, est à bien des égards désuet quant aux règles régissant le droit des personnes. Une touche de modernisation s'imposait et, à ce titre, on doit admettre que le législateur s'est livré à un sérieux époussetage pour, corrélativement, adapter notre droit à la réalité moderne.

Ainsi, soucieux de l'impact et surtout des atteintes que la technologie moderne peut porter à notre intimité et à notre vie privée, érigée formellement

19. A. 9.

20. A. 7, qui inclut d'ailleurs la présomption de bonne foi.

21. A. 8, qui englobe l'élément intentionnel comme l'élément non intentionnel.

22. A. 84 à 106, 197 à 228 du projet de loi. Rappelons que, dans le Livre I du *Code civil du Bas-Canada*, la minorité n'est considérée que dans ses rapports avec la tutelle et que les pouvoirs des tuteurs comme des curateurs y sont en grande partie intégrés. Les règles relatives à la minorité, les incapacités qui en découlent et leurs sanctions ont été regroupées au titre des obligations dans le Livre troisième (titre III), consacré au droit des biens ; les droits, pouvoirs et obligations des tuteurs et, partant, des curateurs au majeur incapable sont répartis à l'intérieur des Livres I (titre IX, c. 2) et III (titre II, c. 4.b.). Sur cette question voir M. D. CASTELLI, « Commentaires sur le Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille, 2^e partie », (1976) 17 C. de D. 577.

23. Projet de loi n° 58, note 6, titre IX.

24. A. 208. Pour une critique du droit positif en la matière, voir M. D. CASTELLI, *supra*, note 22, p. 589.

comme un attribut de la personnalité^{24a}, le législateur — bien timidement diront certains^{24b} — nous donne-t-il non seulement les moyens d'y mettre fin, mais encore de vérifier les multiples informations qui sont consignées dans les dossiers dont nous faisons l'objet de plus en plus couramment²⁵.

De même a-t-on adapté le concept de domicile à notre temps moderne²⁶, comme on a fusionné — encore que cette osmose ne soit pas des plus parfaites — l'autorité parentale avec la tutelle des mineurs²⁷.

Mais ce qui frappe surtout dans le projet, c'est l'éclatement dont fait l'objet le concept d'incapacité puisque, dans les critères qui autorisent à demander l'ouverture d'un régime de protection, on retrouve non seulement l'inexpérience ou l'immaturation, l'affaiblissement ou l'altération des facultés intellectuelles, — critères classiques, — mais aussi l'incapacité d'exprimer sa

24a. A. 33 à 36 du projet. On regrette cependant que cette protection soit limitée à l'utilisation du nom, de l'image et de la voix (l'article 34 nous paraissant limiter en effet la portée du principe énoncé précédemment). En ce sens les dispositions du *Projet de Code civil du Québec* (éditeur officiel du Québec, 1978) nous semblent à la fois plus larges et moins limitatives que ce qui nous est aujourd'hui proposé (a. 12 à 14 du *Projet de Code civil*).

24b. C'est ainsi, notamment, que l'on a reproché à l'article 35 de manquer de dents. Ainsi la Chambre des notaires, dans son mémoire, propose-t-elle d'aligner cette disposition sur la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la protection des renseignements personnels* (L.Q. 1982, c. 30) en ne limitant pas le droit d'accès et de reproduction aux seuls dossiers constitués ou détenus dans le but d'informer des tiers : *Journal des débats*, note 9, p. B-387.

25. Il est vrai qu'en l'absence d'un droit à l'information sur l'existence de tels dossiers, la protection apparaît plus théorique que réelle. Voir sur ce point les mémoires du Barreau (p. 30) et de la Commission des droits de la personne du Québec : *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-1683-1684.

26. A. 73 à 81. On notera avec intérêt le principe énoncé à l'article 80, à l'effet que les époux peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la vie commune. Par contre, les articles 73 et 74 relatifs à la détermination et au changement de domicile nous apparaissent redondants, le premier contenant déjà la règle énoncée dans le second.

27. Si la tutelle au mineur apparaît, *a priori*, comme un attribut de l'autorité parentale (a. 108 et 112), il est des cas cependant où le tuteur à la personne (nous exceptons ici les cas de protutelle), n'aura pas nécessairement l'administration des biens du pupille. Il est vrai que l'exception est alors limitée à la tutelle d'État, *i.e.* celle qui serait exercée par le directeur de la protection de la jeunesse (a. 130-131, 140 et 155). Aussi a-t-on recommandé d'assimiler les deux fonctions (*Journal des Débats*, note 9, p. B-423). Il nous apparaît cependant que c'est là confondre le droit avec les attributs qui lui sont afférents. À ce sujet, on notera que l'osmose entre tutelle et garde de l'enfant n'est pas non plus totale, encore que l'exception ne vise ici encore que la tutelle d'État (a. 126 et 156 du projet de loi).

volonté pour des raisons d'ordre physique²⁸. C'est donc l'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts qui devient le critère déterminant²⁹.

On introduit également, sur un plan plus global, une gradation dans l'appréciation de l'incapacité et la protection qui peut être accordée à l'incapable majeur : décor nouveau donc, qui témoigne du respect des droits de la personne et de son autonomie, le principe étant d'ailleurs affirmé que l'incapacité qui résulte de l'ouverture d'un régime de protection est établie en faveur de l'incapable seulement^{29a}. Souplesse, individualisation, telles sont donc les grandes lignes de la réforme dans ce domaine précis du droit des incapacités, témoignage aussi d'une certaine osmose entre le traitement médical et le traitement juridique³⁰.

Ces régimes ne sont d'ailleurs pas sans parenté avec ceux qui ont été institués par le législateur français par la loi du 3 janvier 1968, *i.e.* la sauvegarde de justice, la tutelle et la curatelle³¹, proches parentes, pour ne

28. A. 199. L'extension des régimes de protection légale aux personnes dont les facultés corporelles sont altérées recouvre à priori deux hypothèses : celle où l'atteinte corporelle empêche l'expression de la volonté et l'incapacité de prendre soin de soi-même, sans que l'on soit pour autant incapable d'administrer ses biens. Cet éclatement du concept emporte également un certain bouleversement des cadres, une remise en cause des frontières entre le droit civil et le droit privé, le droit judiciaire et le droit administratif.

29. La subjectivité du critère retenu, emprunté d'ailleurs au *Projet de Code civil* (a. 181) pourrait cependant s'avérer dangereuse pour la liberté de la personne. À ce sujet, M. CARON écrivait : « Bien entendu, ce critère sera complété par ceux que l'on retrouve sous les différents régimes de protection. La personne dont les facultés sont altérées devra être hors d'état d'agir par elle-même ou hors d'état d'agir sans aide. Mais les tribunaux appliqueront-ils ces critères de façon à respecter dans la mesure du possible, la liberté de la personne ? Dans ces matières, en effet, une question se pose : doit-on protéger une personne contre son gré ? » Et l'auteur d'ajouter : « Au moment de faire le partage entre les droits des personnes et la protection de celles-ci, le législateur ne devrait pas perdre de vue que le meilleur moyen de protéger une personne, c'est de lui reconnaître des droits et des responsabilités ». Voir « La personne », in *Les enjeux de la révision du Code civil*, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, Montréal, 1979, p. 144-145.

29a. A. 197 et 198. Le même principe d'ailleurs se trouve affirmé au titre de la tutelle au mineur (a. 108).

30. Le projet prévoit en effet la possibilité de graduer, à l'intérieur de certains régimes, l'incapacité de la personne majeure. Il existerait ainsi des échelons intermédiaires qui permettraient d'individualiser la mesure choisie et d'adapter ce régime de protection à la gravité réelle de chaque cas pathologique. De telles mesures auraient l'avantage de faire participer le malade à la gestion de ses intérêts, cette osmose étant considérée par les praticiens comme un facteur favorable à l'amélioration de l'état pathologique (A. 220, 223 et 224) ; sur cette question voir M. BUCHS, « Les incapables majeurs », in *Répertoire pratique de droit privé* (a. 488 à 514 C.N.) et J. CARBONNIER, « Les incapables majeurs », in *Essais sur les lois*, note 5, p. 57 et 58.

31. A. 488 à 514 du *Code civil* français.

pas dire sœurs germaines, du conseiller au majeur, du tuteur et du curateur³² dont les rôles respectifs ne pourront plus non plus prêter à confusion, chacun de ces « acteurs » étant désormais bien identifié à l'un des trois régimes, *i.e.* capacité protégée, incapacité totale, incapacité partielle.

Ce lien de parenté avec le *Code civil* français se retrouve également au chapitre de la tutelle des mineurs, les parents devenant les administrateurs légaux des biens de leurs enfants³³. On pourrait même parler de « retrouvailles », les codificateurs de 1866 ayant maintenu la coutume qui s'appliquait antérieurement avec comme principe celui de la tutelle dative³⁵, encore qu'au plan de l'organisation de la tutelle, cette parenté devient plus éloignée, point sur lequel d'ailleurs nous reviendrons.

Dans le même ordre d'idée, et toujours au plan de l'éclatement des concepts, on remarquera également la nouvelle toilette qui a été faite à l'absence puisque celui ou celle dont l'existence est incertaine et dont les biens seront administrés par un tuteur³⁶ sera présumé appartenir au royaume des vivants pendant les sept années qui suivront sa disparition, après quoi, il gagnera le royaume des morts.

Ajoutons, et c'est là que réside l'élargissement de la notion, que l'on pourra nommer, comme à l'absent, un tuteur à la personne qui est empêchée de paraître à son domicile et de désigner un administrateur de ses biens³⁷.

Enfin, et pour en terminer avec le volet actualisation, il faut encore souligner les améliorations apportées à notre système de l'état civil, notamment quant à la tenue des registres et sa simplification. Il n'y aura plus

32. Il existe en effet un lien étroit entre la tutelle (a. 218 à 221 du projet) qui institue un régime de capacité protégée et la sauvegarde de la justice du droit français (a. 491 à 491-6 du *Code civil* français). Au même titre, la curatelle au majeur incapable (a. 214 à 217 du projet) qui correspond à un régime d'incapacité totale s'apparente-t-elle à la tutelle (a. 492 à 507 du *Code civil* français), comme le conseiller au majeur, régime d'incapacité partielle (a. 222 à 225 du projet) à la curatelle (a. 508 à 544 du *Code civil* français). Pour une étude du droit français sur la question, voir les auteurs cités *supra*, note 30.

33. A. 108 et 123 du projet. Sur cette question, voir nos commentaires, *supra*, note 27.

34. A. 249 C.C.B.C. Le projet institue deux catégories de tutelle, la tutelle légale des père et mère, et la tutelle dative, qui peut être soit testamentaire, soit judiciaire.

35. Encore que la tutelle dative du droit romain, *i.e.* la tutelle testamentaire ne fut pas totalement inconnue sous la *Coutume de Paris*. Sur cette question voir P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome 2, Montréal, Théorêt, 1896, p. 155.

36. A. 229 à 235 du projet de loi. L'absent, par définition, ne pouvant pas pourvoir seul à ses intérêts, il est permis de prétendre qu'il constitue une nouvelle catégorie d'incapable, au sens du projet.

37. A. 236 du projet, qu'on peut rapprocher de l'article 120 du *Code civil* français. Sur la question, on consultera avec intérêt M. VIVANT, « Le régime juridique de la non-présence », *R.T.D.C.* 1982, vol. 81, p. 1.

désormais en effet qu'un seul registre et un seul directeur donc de l'état civil : laïcisation, centralisation, modernisation — le système sera rendu uniforme —, tels sont les traits saillants sur ce point de la réforme³⁸.

1.2. Les faiblesses du projet

— Des duplications qui peuvent prêter à confusion

Le projet codifie en effet un certain nombre de droits fondamentaux qui sont déjà affirmés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁹.

S'il nous apparaît que tels droits devraient en principe trouver leur affirmation dans le Code civil, l'existence d'une loi statutaire, dont l'objet d'ailleurs est plus large⁴⁰, soulève la question de la pertinence d'une duplication qui, pour ne pas entraîner de confusion sur la portée de ces droits, exige une uniformisation ne laissant pas de place à l'interprétation, si ce n'est à une interprétation uniforme. Au-delà de cette vigilance, en regard de l'uniformité, il faut également compter avec la différence de nature des organismes qui peuvent être appelés à statuer sur leur violation, et sur les diverses sanctions qui leur sont applicables. Ce sont là des questions qui d'ailleurs ont été soulevées par d'autres, pour ne citer que la Commission des droits de la personne et la Commission des services juridiques⁴¹.

— Des ambiguïtés, des contradictions et des archaïsmes

On peut s'étonner tout d'abord de constater que certaines institutions, considérées comme dépassées, trouvent encore place dans ce Livre des personnes qu'on prétend actualiser. Nous pensons essentiellement ici à l'émancipation, institution séculaire mais qui, exception faite des cas où elle résultait du mariage, n'a jamais fait semble-t-il la fortune des notaires et dont

38. A. 253 à 313. On y retrouve, dans leurs grandes lignes les propositions du *Projet de Code civil du Québec* (Livre I, titre II, ch. V) y compris l'institutionnalisation des mentions en marge (a. 290 à 293) que le caractère confessionnel du système actuel permet difficilement de systématiser.

39. L.R.Q., c. C-12, notamment les articles 1.5, 6, 9.1, 10, 39, 44 et 48.

40. La Charte constitue en effet un véritable Code des libertés (voir H. BRUN, « La Charte des droits et libertés de la personne : domaine d'application », (1977) 37 *R. du B.*, 179, p. 180. Elle constitue par ailleurs un document « quasi constitutionnel ». Sur la prépondérance de la Charte, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1982, p. 618 s.

41. *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 13 avril 1983, p. B-472 et 28 avril 1983, p. B-1697, B-1698.

on maintient la forme judiciaire dans un contexte où la majorité est fixée à l'âge de 18 ans⁴².

Nous pensons également au conseil de tutelle, relent et héritier du tout aussi archaïque conseil de famille, généralement composé d'ailleurs de parfaits étrangers, et qui devient le censeur des parents du mineur à qui la loi, dans un prétendu souci de valorisation et de reconnaissance du rôle de la famille dans la société d'une part et de la responsabilité des parents d'autre part, confie le pouvoir d'administrer les biens de leurs enfants⁴³.

Force est de constater également que les mécanismes mis en place en vue de protéger la personne, et plus particulièrement le respect de ses droits extra-patrimoniaux, loin de répondre aux objectifs recherchés, *i.e.* la protection de la personne dans le respect de son autonomie, annihilent, dans certains cas, toute possibilité d'expression de cette dernière et même ses droits fondamentaux : à surprotéger, on en vient à priver la personne de sa liberté, et à vouloir mieux affirmer ses droits et intérêts, on en vient à leur porter préjudice⁴⁴.

42. A. 99 à 106 du projet. Dans le même sens, voir les recommandations du Barreau du Québec : *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-420. Il reste, comme le souligne CARBONNIER, que cette première plage de la vie que constitue la minorité ne peut être envisagée d'un seul tenant et il est permis de prétendre que toutes les solutions qui viennent conférer à l'adolescent des capacités spéciales, au fur et à mesure qu'il approche de la majorité, peuvent être interprétées comme des émancipations partielles (« L'âge de la majorité », in *Essais sur les lois*, *supra*, note 5, p. 114). À ce sujet l'auteur ajoute : « La minorité, en sa phase critique, la seule cependant qui serait aménageable, n'est qu'un passage éphémère, le seuil de la vraie vie. La loi ne réussit pas bien à construire du droit sur ce qui est impatience, avant-veille d'un oubli profond, vapeur d'une matinée de printemps » (*id.*, p. 117).

43. M^e Marc-André Bédard in *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-377. Le Conseil de tutelle apparaît en effet comme le centre de gravité de l'institution. Entre le lignage et la *domus*, le législateur québécois, contrairement au législateur français, n'a pas véritablement choisi, encore que la composition de ce conseil soit moins élargie (A. 157 à 172 du projet de loi). Il lui a en outre donné certains pouvoirs décisionnels, préférant au contrôle à posteriori, proposé par l'Office de révision du Code civil, un contrôle à priori. Nous comprenons mal cependant que le législateur l'autorise, de manière indirecte, à s'immiscer dans l'exercice de l'autorité parentale, en déterminant notamment la part des revenus ou du produit du travail du mineur qui sera affectée à son entretien et à son éducation. N'eut-il pas été préférable, à l'exemple du droit français, de laisser au tuteur légal la place qui lui revient et de donner au juge, qui est déjà l'arbitre des conflits qui peuvent survenir entre les conjoints et les parents dans la direction morale et matérielle de la famille et l'exercice de l'autorité parentale, des pouvoirs de prendre les mesures, d'ordre général ou particulier, qui pourraient empêcher un abus ou mettre fin à une situation dangereuse ?

44. Voir nos remarques *infra*, sous 2.1. Il est vrai qu'on peut prétendre que toute protection, par définition, aliène, parce qu'elle suppose les personnes protégées étrangères à l'univers raisonnable. En ce sens voir J. CARBONNIER, à propos de la réforme des incapables majeurs

Enfin, on doit souligner l'ambiguïté que soulève le nouveau concept d'incapacité. Si personne ne peut nier la nécessité d'un éclatement de la notion d'incapable et de son élargissement, ce nouveau concept par contre, parce que trop dilué, est difficile à saisir : on nous parle en effet de personne douée ou non de discernement⁴⁵, distinction à laquelle se greffent des degrés parfois reliés à l'âge⁴⁶ ; on nous parle encore de l'incapacité de former ou d'exprimer un consentement libre et éclairé, de prendre soin de soi-même un de ses biens, à raison notamment d'une maladie, d'une infirmité, d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère les facultés mentales ou corporelles ou encore de prodigalité⁴⁷. À ces paramètres s'ajoutent, appréciés à travers le temps et l'espace, les critères de permanence et de totalité (incapacité de donner un consentement libre et éclairé pour certains actes ou pour un certain temps)⁴⁸.

Mais c'est davantage encore l'ésotérisme du langage que ces distinctions qui entraîne la confusion. À vouloir trop préciser, on tend souvent à l'ambiguïté ; en cherchant la simplicité, on tend parfois à l'hermétisme⁴⁹. Il est plus facile, il est vrai, de critiquer que d'être légiste, et si nous avons jusqu'à présent été négatif, il faut admettre qu'au plan technique et en regard des valeurs que le législateur entendait consacrer, la tâche était difficile.

2. Des droits de la personnalité : une analyse prospective

Sous cette rubrique, on retrouve les règles relatives à la jouissance et à l'exercice des droits, à l'intégrité de la personne, au respect des droits des enfants, au respect de la réputation et de la vie privée et au respect du corps après le décès. Nous nous limiterons, dans le cadre de cet article, à circonscrire certaines questions qui concernent essentiellement la jouissance des droits et l'intégrité de la personne physique⁵⁰.

2.1. La jouissance des droits

L'article-clé, sous cette rubrique, est l'article 1, et il a soulevé tout un débat. Il se lit comme suit : « L'être humain possède la personnalité juridique. Il est sujet de droit depuis sa naissance jusqu'à sa mort ».

dans la préface du livre de J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 2^e éd., 1971, Rép. Défrénois.

45. Voir pour exemple les a. 14, 15 et 19.

46. Voir l'article 16 et les a. 84 et 85 relatifs à la capacité du mineur.

47. A. 199.

48. A. 214 et 218.

49. Ce qui nous ramène à la question fondamentale posée par D. JACOBY, « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? », (1983) 13 *R.D.U.S.* 255.

50. A. 1 à 4, 11 à 29.

Cet article doit se lire en conjonction avec les dispositions de l'article 123, placé au titre de la tutelle, qui fait des père et mère majeurs ou émancipés, les tuteurs de plein droit de leur enfant mineur⁵¹. Cette tutelle légale s'étend en outre à l'enfant simplement conçu, mais qui n'est pas encore né, pour lequel ils sont chargés d'agir dans tous les cas où ses intérêts pécuniaires l'exigent. C'est le principe de la curatelle au ventre des articles 338 et 345 C.C.B.C. Ce dernier ne qualifie pas la nature de l'intérêt à protéger, mais on l'a toujours interprété comme étant un intérêt né et actuel. On a voulu reprendre la maxime *infans conceptus*⁵² en l'amputant cependant de ses conditions d'application : la naissance et la viabilité.

La conjugaison de ces deux dispositions n'est certes pas sans soulever des problèmes. Elle est source également d'une polémique dont l'émotivité témoigne de l'absence de consensus sur les valeurs impliquées, notamment quant à la question de l'avortement. Certes, on ne peut faire abstraction ici d'un postulat : celui du partage des compétences législatives, tel qu'il résulte de la Constitution canadienne, et de la juridiction exclusive du Parlement fédéral en matière criminelle. Or le *Code criminel* contient à cet égard un certain nombre de dispositions⁵³ dont le législateur provincial ne peut faire abstraction, ne serait-ce qu'au plan de l'uniformité législative, encore qu'il n'y aurait pas nécessairement incompatibilité entre lui une législation civile protectrice⁵⁴. Mais la définition de l'être humain relève-t-elle vraiment d'un Code civil ?

Nous nous interrogeons sérieusement quant à nous, sur l'opportunité de fixer dans un texte législatif des paramètres aux contours imprécis. En effet si le législateur est homme, il est aussi l'expression d'une société, et si le droit est hors de l'individu, il est aussi dans l'individu. En l'absence de consensus de la part de la collectivité, légiférer sur cette question spécifique apparaît dangereux. L'absence même de non-droit⁵⁵ oblige donc, selon nous, à tirer des conclusions.

51. Voir *supra*, note 33.

52. Sur la portée de la maxime, voir É. DELEURY, « Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit », (1976) 17 C. de D. 265 ; M. RIVET, « La situation juridique de l'enfant non encore né », 13^e Colloque international de droit comparé, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1975, p. 73 ; B. M. KNOPPERS, « Le Statut juridique du fœtus : du droit comparé au droit en devenir », (1982) 2 Cahiers de Bioéthique 205 ; E.W. KEYSERLINGK, « A Right of the Unborn Child to Prenatal Care — A civil law perspective », (1982) 13 R.D.U.S. 43 ; R.P. KOURI, « Réflexions sur le statut juridique du fœtus », (1980-81) 15 R.J.T. 193.

53. A. 251 C. cr.

54. Voir notamment les articles de R.P. KOURI et de E.W. KEYSERLINGK, *supra*, note 52.

55. L'expression réfère ici à l'existence d'autres systèmes de régulation sociale.

En ce sens, les termes dans lesquels le concept de la personnalité juridique a été campé dans le *Projet de Code civil*, déposé en 1977 par l'Office de révision du Code civil, nous apparaissent-ils emprunts de plus de sagesse. On y affirme en effet : « tout être humain possède la personnalité juridique ». Voilà qui est plein de neutralité et de souplesse, et qui risque moins d'aviver les passions.

En reprenant l'article 1 du *Projet de Code civil*, on ferait disparaître du même coup la redondance improprie au langage juridique que comporte l'article 1 du projet de loi. Car « affirmer que l'être humain possède la personnalité juridique, c'est affirmer du même coup qu'il est sujet de droit »⁵⁶. C'est aussi assurer une concordance avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui nous apparaît fondamentale, en terme de sécurité juridique.

Quant à l'article 123, si l'adjonction du mot « pécuniaires » peut être considérée, comme on l'a souligné, comme un frein à l'évolution d'une protection de l'intégrité physique de l'enfant conçu⁵⁷, il n'est pas certain non plus qu'il assure une parfaite compatibilité avec le droit criminel si l'on considère que telle était l'intention du législateur. Dans la mesure en effet où on accorde un droit successoral à un être qui n'est pas sujet de droit⁵⁸, on voit mal comment, sur la base d'une interprétation autorisée par la confusion des textes, on pourrait refuser l'émission de l'injonction qui serait demandée par un père en puissance, alors que l'enfant étant encore *in utero*, une succession à laquelle il pourrait être appelé s'est ouverte et que la femme qui le porte désirerait se faire avorter.

Par ailleurs, on voit tout aussi difficilement comment l'enfant qui a subi un dommage du fait d'un tiers *in utero*, pourra être admis à réclamer, après sa naissance, des dommages-intérêts. N'ayant jamais eu de personnalité juridique, une jurisprudence comme celle de l'affaire *Montréal Tramways v. Léveillé*⁵⁹, ne pourra plus s'appliquer. Ne conviendrait-il pas alors, au-delà de la reformulation de l'article 1 proposée, de réintroduire les deux conditions de l'adage, *i.e.* naissance et viabilité ?

Enfin, on s'est interrogé sur l'opportunité d'introduire, au sein du Code civil, un régime de protection juridique propre à l'enfant conçu mais non encore né.

56. Mémoire du Centre de droit privé et comparé du Québec, *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 28 avril 1983, p. B-1720.

57. Mémoire de la Chambre des notaires, *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-385.

58. A. 664 du projet de loi n° 107, note 7.

59. [1933] R.C.S. 456.

« Dans le contexte biomédical actuel qui permet la conception d'êtres humains en dehors de l'organisme humain maternel et qui, de plus, permet d'intervenir sur le fœtus humain alors même qu'il se trouve confiné à l'intérieur de l'utérus maternel, il nous apparaît nécessaire, raisonnable et opportun, à défaut de la part du législateur québécois de lui conférer, de plein droit, dès sa conception, la personnalité juridique, d'établir, tout comme il le fait pour le cadavre humain, des normes spécifiques en regard d'une atteinte à son intégrité. Cette intervention législative pourrait se traduire par l'ajout de l'alinéa suivant à l'article 11 du projet de loi :

On ne peut porter atteinte à l'intégrité d'un être humain avant sa naissance que dans la mesure prévue par la loi⁶⁰.

Nous nous sommes nous-mêmes, il y a quelque temps déjà, posés la question avec, comme cadre de référence, celui de la libéralisation de l'avortement⁶¹. Il est cependant une chose certaine, c'est qu'un tel régime ne nous apparaît pas pour le moment avoir sa place dans le Code civil, ni même dans un Code de la santé publique : car une codification, on nous permettra d'insister sur cet élément, s'analyse à travers les trois dimensions du temps, *i.e.* sens du présent, rapport au passé, prévision de l'avenir⁶². Or, en ce domaine, l'avenir est difficilement prévisible : ce qui était expérimentation hier peut devenir aujourd'hui thérapie expérimentale, et demain acte médical courant. Il suffit de considérer l'évolution qui s'est produite en matière de fertilisation, pour ne citer que l'insémination artificielle, considérée aujourd'hui comme thérapeutique, la fécondation *in vivo* et *in vitro*, le transplant d'embryons, hier expérimentation, aujourd'hui thérapies expérimentales et demain, peut-être, modes alternatifs de reproduction.

Si donc, au plan du cadre de référence, l'article proposé nous semble adéquat, la définition de ce cadre est par contre une tâche délicate. S'entendre sur un principe qui vise à établir des balises en matière d'expérimentation sur l'embryon et le fœtus est une chose, et nous admettons que c'est une nécessité.

Quelles sont ces balises et quelles sont les techniques qui permettront de les mettre en place sont des questions plus délicates dont les dimensions ne sont peut-être pas encore clairement définies, mais qui exigent certainement une réflexion. La question reste donc ouverte, mais, nous le répétons, elle n'a pas à être tranchée dans un Code, « symbole de permanence, d'emprise sur le temps » et « raccordement de ce qui doit être fait à ce que d'autres ont fait »⁶³.

60. Mémoire du Centre de droit privé et comparé du Québec, *supra*, note 56, p. B-1721.

61. « Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit », *supra*, note 52.

62. Voir J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 1971.

63. J. CARBONNIER, « Toute loi en soi est-elle un mal? », in *Essais sur les lois*, *supra*, note 5, p. 287. Dans le sens de notre proposition, voir également le mémoire de la Chambre des notaires, *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-398.

Elle pourrait faire l'objet, par contre, d'un code d'éthique auquel pourrait référer une loi cadre sur la recherche et l'expérimentation sur le fœtus et l'embryon humain.

2.2. L'intégrité de la personne

Sous cette rubrique, on a regroupé les principes qui gouvernent la protection de la vie et de la santé physique, la protection du malade mental, l'expérimentation et les actes à caractère non thérapeutique dont peut être objet la personne humaine.

Il y a donc ici systématisation, puisqu'on a réintégré dans le Code civil un certain nombre de lois statutaires⁶⁴, encore que l'absence de dispositions transitoires puisse laisser perplexe sur le sujet⁶⁵.

Certains se sont interrogés sur la pertinence d'introduire dans le Code civil des dispositions se rapportant à la prestation de soins de santé⁶⁶. Si nous admettons qu'elles puissent faire meilleure figure dans un Code de la santé publique, il n'en reste pas moins qu'au plan normatif, elles consacrent des principes fondamentaux qui, à notre sens, ont leur place dans un tel Code.

Par contre la complexité des dispositions qui figurent sous ce chapitre qui font appel à « des critères interreliés, non définis et très subjectifs »⁶⁷, nous apparaît être source d'ambiguïtés et de confusion peu propres à la sécurité juridique. Certains par ailleurs craignent l'arbitraire que pourrait engendrer le critère non défini de la capacité de discernement⁶⁸ autour duquel s'articule le régime de protection : critère subjectif, certes, mais qui *a priori* respecte celui du respect de l'autonomie de la personne, et qui, après tout, n'est pas plus difficile à cerner que la capacité de distinguer le bien du mal de l'article 1053 C.C.B.C.

Ce qui nous importe davantage, et on l'a déjà souligné, c'est qu'à vouloir trop circonscrire, on a surprotégé, avec le résultat aberrant qu'on arrive à violer certains des droits les plus fondamentaux. À vouloir prévenir

64. *Supra*, notes 11 et 12.

65. Ce questionnement a d'ailleurs été repris dans la plupart des mémoires qui ont été présentés en Commission parlementaire.

66. Mémoire du Centre de droit privé et comparé du Québec, *supra*, note 56, p. 5.

67. Mémoire de la Chambre des notaires, *Journal des débats*, 12 avril 1983, p. B-385.

68. *Idem*. Voir également les commentaires de l'Association des hôpitaux du Québec (*Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 14 avril 1983, p. B-580-581), de la Corporation professionnelle des médecins du Québec (*Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 28 avril 1983, p. B-1660) et de la Commission des droits de la personne du Québec (*id.*, p. B-1682).

tous les abus possibles, on en est venu à interdire un certain nombre d'actes sans conséquence en soi : ceci est plus particulièrement vrai des articles 12 et 14 qui traitent de la protection de la vie et de la santé physique et des articles 17 à 23 relatifs à l'expérimentation et aux actes médicaux à caractère non thérapeutique.

— *La protection de la vie et de la santé physique*

L'article 12 du projet reprend le principe de l'inviolabilité de la personne humaine et de la nécessité du consentement de la personne à la prestation de soins médicaux : jusque-là, rien de nouveau ; ce sont les exceptions au principe qui laissent perplexes.

Alors qu'on précise en effet que le consentement n'est pas requis lorsqu'il ne peut être obtenu en temps utile et que l'intégrité de la personne est en danger, l'impossibilité d'obtenir ce consentement disparaît comme exigence lorsque sa vie est en danger⁶⁹. Ainsi donc, une personne pourra valablement refuser qu'on lui dispense les soins nécessaires à la préservation de son intégrité — ce qui a toujours été le principe, car le droit à la santé a pour corollaire celui de refuser qu'on vous prodigue des soins — alors qu'une personne en pleine possession de ses facultés intellectuelles et mentales se verra la vie sauve contre son gré : c'est réintroduire la prohibition du suicide alors qu'on l'a décriminalisé il y a maintenant 15 ans ; c'est la négation du droit à l'inviolabilité⁷⁰.

Si l'on considère maintenant les techniques utilisées pour prévenir les abus dont pourraient faire l'objet la personne mineure ou le majeur incapable, on retrouve le même type d'incohérence.

Le critère de distinction, on l'a vu, est la capacité de discernement : dans le cas de mineur, cette capacité, on le verra, vient se greffer à la majorité médicale maintenue à 14 ans. Si l'on peut admettre que la subjectivité du critère peut faire craindre l'arbitraire, il faut convenir ici que ceux retenus jusqu'à présent prêtent flanc tout autant à la critique, puisque l'imbécillité, la démence et la fureur⁷¹ sont non seulement en soi péjoratifs, mais aussi médicalement parlant, dépassés depuis longtemps.

69. A. 12 du projet.

70. Encore que certains auteurs, participant d'une philosophie fondamentalement vitaliste, ne reconnaissent pas à la personne un tel droit : « C'est précisément dans ce principe de l'inviolabilité de la personne que l'on puise la justification d'une intervention forcée. L'inviolabilité de la personne a pour but sa protection ; or les droits doivent être conservés dans le sens de leur finalité. Ce serait fausser le droit à l'intégrité corporelle d'un malade que de lui permettre de l'invoquer pour faire échec à ce qui peut conserver sa vie, et par là même, son intégrité essentielle ». A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, McGill Wainwright Lectures, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975, p. 48.

71. A. 325 C.C.B.C.

Certes les abus sont toujours possibles, aussi a-t-on proposé que le majeur incapable, lorsqu'il n'est pas représenté, jouisse d'une garantie similaire à celle accordée au mineur doué de discernement, en édictant une présomption de capacité du majeur non protégé que seul le tribunal pourra renverser, ceci afin d'éviter les abus possibles de la part de la famille, représentée par le conjoint ou un proche parent, appelée dans le projet à donner le consentement nécessaire pour l'incapable ⁷².

Tout aussi conscient qu'on puisse être de la nécessité d'éviter des décisions qui ne respecteraient pas les intérêts du majeur incapable, la technique proposée ne semble pas la meilleure. Reste à savoir par quel mécanisme on pourrait remplacer l'autorisation judiciaire suggérée.

Il nous apparaît d'ailleurs que l'article 203 qui confie à une personne désignée par l'établissement de santé ou de services sociaux la garde du majeur protégé non pourvu d'un tuteur ou d'un curateur privé, et qui l'autorise à consentir aux actes médicaux requis par son état de santé, présente tout autant d'aléas : telle décision d'un tel « gardien » ne nous semble pas en effet moins susceptible d'arbitraire que celle d'un conjoint ou d'un parent proche.

L'article 15 qui prévoit le recours au tribunal lorsque les consentements requis dans le cas des mineurs et du majeur non doués de discernement ne peuvent être obtenus, n'illumine pas non plus par la clarté de sa rédaction : À priori, il semble couvrir une hypothèse bien précise, celle de l'opposition du mineur doué de discernement ; l'insertion des mots « représentant », « conjoint » et « proche parent » nous porte cependant à croire que la situation envisagée recouvre également celle du majeur.

Il présente aussi une lacune qu'il conviendrait de combler, en y ajoutant les cas dans lesquels il est impossible d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale : Si les parents, en qualité de tuteurs, représentent de plein droit l'enfant, les deux concepts ne sont pas pour autant devenus synonymes — ils n'emportent pas les mêmes droits, et si les deux institutions s'exercent de principe en parallèle, l'une n'est qu'un démembrement ou plutôt un attribut de l'autre ⁷³.

Enfin, et avant de quitter le champ de la pure thérapie, on notera encore que la capacité médicale du mineur de 14 ans ne s'étend qu'aux examens ou aux traitements exigés par son état, mais non aux interventions ⁷⁴. Certes une intervention chirurgicale comporte toujours un élément de risques, si mineur

72. Commission des droits de la personne, *Journal des débats*, 28 avril 1983, p. B-1682.

73. *Supra*, note 27.

74. A. 16.

soit-il, mais il est aussi des examens et des traitements dont la nature peut être tout aussi grave ; alors, pourquoi cette restriction ? De plus, le droit d'opposition du mineur non doué de discernement ne peut-il pas, à l'inverse, conduire à des abus de la part d'enfants capricieux, dont les causes encombreront les tribunaux ⁷⁵.

Il conviendrait en outre d'insérer sous cet article 16, relatif à la majorité médicale, l'article 156, pendant de l'article 203 ci-haut mentionné à propos des majeurs, lorsque la tutelle est exercée par le directeur de la protection de la jeunesse.

— *L'expérimentation sur la personne humaine et
les actes médicaux à caractère non thérapeutique*

Le projet reprend ici le principe de la libre disposition de son corps par le majeur, à des fins non thérapeutiques, avec les mêmes balises, i.e. la proportionnalité du risque avec le bienfait qu'on peut espérer d'un tel acte ⁷⁶. On maintient également le principe de la gratuité, sauf pour les organes susceptibles de régénération, ce qui autoriserait donc à conclure à la légalité des ventes des gamètes, et partant, donc, de notre patrimoine génétique, question autour de laquelle il existe pourtant tout un débat ⁷⁷.

Quant au mineur et la personne majeure non douée de discernement, la situation est régie par les articles 18 à 20 dont la rédaction pour le moins ténébreuse permet difficilement de dégager les différentes hypothèses envisagées. Au même titre que les articles 13 à 16 sur lesquels nous nous sommes attardé précédemment, leurs interrelations et leur décodage relèvent de l'univers « kafkaïen ». L'« exercice » terminé, il nous apparaît qu'il faille distinguer deux catégories de situations : celle des actes à caractère non thérapeutique mais n'ayant pas un caractère d'irréversibilité de permanence ou n'emportant pas de risque sérieux pour la santé, où l'on distingue le mineur doué de discernement de la personne qui n'en a pas (incluant donc le mineur) et le cas où pour le mineur, doué ou non de discernement, de même que pour le majeur non doué de discernement, l'intervention d'un tribunal sera nécessaire, parce que ces actes sont ou seraient trop conséquents.

75. Voir les exemples cités par l'Université de Sherbrooke dans son mémoire : *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 28 avril 1983, p. B-1715 ; ainsi que par l'Ordre des infirmiers et des infirmières du Québec (p. 5).

76. A. 17 qui reprend l'a. 20 al. 1, C.C.B.C.

77. Sur cette question, voir, notamment E.W. KEYSERLINGK, « Legal Complexities in New Reproductive Techniques », (1984) 17 *Annales CRMCC*, 419, et J.G. ANMAS, « In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to create a Family », (1983) 17 *Fam. L.Q.* 199.

Que ce soit de façon temporaire ou permanente, l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps, la soumission à un examen, à un traitement ou à une intervention qui n'est pas exigée par son état de santé ne sera possible pour la personne non douée de discernement qu'avec le consentement de son tuteur ou de son curateur⁷⁸ et, si elle a moins de 14 ans, celui du titulaire de l'autorité parentale, — passé il est vrai sous silence, mais qu'il conviendrait d'ajouter, pour fins de clarté, pour les raisons déjà mentionnées. Dans aucun cas cependant, cette personne ne pourra être soumise à une expérimentation⁷⁹.

Si la prohibition absolue de toute expérimentation à caractère non thérapeutique peut sembler excessive, la souplesse prévue pour les autres cas, qui pourrait paraître dangereuse, trouve un tempérament avec les critères de permanence, d'irréversibilité et de risque sérieux pour la santé énoncés précédemment. En effet si les actes énumérés (examen, traitement, intervention) lorsque non exigés par l'état de santé de la personne « protégée » présentent un caractère soit irréversible soit permanent ou encore un risque sérieux pour sa santé, l'autorisation du tribunal devient nécessaire⁸⁰. Quant au mineur doué de discernement, on lui reconnaît le droit de consentir, sous réserve des balises précédemment énoncées⁸¹, à de tels actes, avec le seul consentement du titulaire de l'autorité parentale.

A priori le système apparaît cohérent : certaines interventions à but purement esthétique et sans risques majeurs seront ainsi possibles sans qu'il soit nécessaire de recourir à des mécanismes de contrôle dont la lourdeur pourrait annihiler toute velléité de faire administrer un traitement ou de pratiquer une intervention qui serait dans l'intérêt de l'incapable. Par contre, certaines de ces mêmes interventions nécessiteront l'intervention du tribunal⁸². Quant à la solution retenue dans le cas des actes dont la nature aurait un caractère d'irréversibilité, de permanence ou un potentiel sérieux de risque pour la santé de la personne, si elle répond adéquatement au délicat problème de la stérilisation des déficients mentaux, elle est peut-être aussi trop étroitement reliée à cette problématique : aussi faudra-t-il solliciter l'autorisation du tribunal dans le cas d'une circoncision !

78. A. 19.

79. *Idem*.

80. A. 20.

81. *I.e.* l'intervention ou l'expérimentation ne devant pas comporter de caractère permanent ou irréversible ni aucun risque sérieux pour sa santé (A. 18).

82. Certaines interventions à but purement esthétique peuvent en effet présenter un caractère de permanence ou d'irréversibilité. Voir à ce sujet les commentaires du Barreau du Québec, *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12 avril 1983, p. B-420.

Qui plus est, les exigences posées par l'article 21 appellent elles aussi certains commentaires. Qu'on demande au tribunal qu'il prenne l'avis d'un expert, du tuteur, du curateur et du conseil de tutelle (pourquoi celui-ci et pas le titulaire de l'autorité parentale ?) soit, mais exiger qu'il s'assure que l'examen, le traitement, l'intervention ou l'expérimentation est faite dans l'intérêt de la personne, ne lui cause pas préjudice et n'est pas inopportune dans les circonstances, limite considérablement la portée de cette disposition⁸³ et la dimension sociale qu'on a reconnue au corps humain. Quand pourra-t-on prétendre en effet qu'une telle intervention est dans l'intérêt de la personne ?

Enfin, si nous sommes entièrement d'accord avec l'obligation, sauf impossibilité, de recueillir l'avis de la personne et de respecter son refus⁸⁴, nous nous interrogeons sérieusement sur les motifs graves qui pourraient autoriser à passer outre à ce dernier. Voilà qui témoigne, ici encore, d'une incohérence, à moins que nous n'ayons mal lu.

Conclusion

Tels sont donc, au plan de la globalité et en regard d'une dimension plus particulière, les commentaires que nous a inspirés le projet.

Il est probable en ce qui concerne le dernier aspect et vu le caractère presque unanime des critiques dont il a fait l'objet, que nous retrouverons dans sa nouvelle version des modifications qui toucheront tant les principes qui sous-tendent le droit à l'intégrité de la personne que l'expression de ce droit, car il faut admettre qu'au plan de la forme, ce chapitre demande sérieusement à être retouché.

Nous espérons aussi que le législateur procédera à un certain nombre de réajustements, au plan de l'actualisation du droit et que plutôt que de nous présenter des compromis, il fasse des choix.

83. A. 21, al. 1.

84. *Id.*, al. 3.

85. *Idem.*